

REVISTA DO DIREITO UNISC

OBSERVAÇÃO PRAGMÁTICO-SISTÊMICA DO SILOGISMO JURÍDICO E SUA INCAPACIDADE EM RESOLVER O PROBLEMA DA DEFINIÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO¹**SYLLOGISM PRAGMATIC-SYSTEMIC OBSERVATION AND ITS INCAPACITY TO SOLVE THE PUBLIC SERVICE DEFINITION'S PROBLEM***Janriê Rodrigues Reck²*

RESUMO - Este artigo versa sobre a incapacidade de o positivismo, através do silogismo e de sua teoria das definições, conseguir estabelecer um conceito minimamente complexo de serviço público. Quais são as observações possíveis de serem feitas ao modo de operar do positivismo para definir serviço público é o problema que move este artigo. A hipótese é que o positivismo é incapaz de definir adequadamente serviço público, devido ao caráter antiquado de seu modo de pensar.

PALAVRAS-CHAVE - Matriz Pragmático-Sistêmica. Teoria Geral do Direito. Silogismo. Metalinguagem. Serviço Público.

ABSTRACT - This article disserts about the positivism incapacity to achieve a concept of public service with an acceptable level of complexity by using syllogisms and definitions. Which observations are possible to make to the positivism way of operating to define public service is the problem that moves this article. The hypothesis is that positivism is unable to define public service, due to its antequated way of thinking.

KEYWORDS - Pragmatic-systemic matrix. General Theory of Law. Syllogism. Metalanguage. Public Services.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo versa sobre a incapacidade do positivismo em estabelecer marcos categoriais de observação do conceito de serviço público. O positivismo, enquanto matriz científica em sua recepção no Brasil, observa problemas de definição a partir do silogismo e de uma teoria das definições

¹ Artigo vinculado ao Projeto de Pesquisa Observação pragmático-sistêmica da personalização dos entes federativos e suas competências em políticas públicas, financiado pela Universidade de Santa Cruz do Sul.

² Doutor em Direito pela UNISINOS. Mestre em Direito pela UNISC. Professor do Programa de Pós-Graduação, Doutorado e Mestrado, da UNISC. E-mail: janriereck@ibest.com.br

platônica. Estes elementos gnoseológicos, a primeira vista, parecem ser insuficientes para uma adequada Teoria Geral do Direito.

O tema é abordado a partir de uma reflexão contemporânea sobre temas que rondam o Direito pelo menos desde o século XIX. Como se trata de analisar categorias básicas do Direito e um instituto que é comum à civilização ocidental, pode-se dizer que, pelo menos no campo espacial, não se trata de um problema especificamente brasileiro. Cientificamente, transita-se entre a Teoria Geral do Direito, a Filosofia do Direito e o Direito Constitucional.

O problema que move este trabalho é: a teoria das definições positivista, e a noção de silogismo, são elementos categoriais idôneos à construção de uma noção de serviço público capaz de enlaces comunicativos? A hipótese é que o positivismo

A justificativa social deste artigo está conectada com a justificativa científica. De fato, a evolução científica não pode ser obstada. Entretanto, as atuais categorias de observação são muito fracas para a produção de comunicações complexas. Em hipótese, esta impossibilidade redundaria em um Direito com menos chances de produzir comunicações emancipadas.

Objetiva-se, em um primeiro momento, desnudar a falta de sustentação dos pressupostos teóricos do silogismo. Em seguida, proceder à desconstrução da teoria das definições positivista. Finalmente, analisar o problema específico da definição do serviço público.

A metodologia a ser adotada neste trabalho implica a adoção da matriz pragmático-sistêmica, conjugada com a semiologia do poder de Luis Alberto Warat. Serão examinados os argumentos de base, para, em seguida, se for caso, serem desconstruídos.

2 SILOGISMO

Os positivistas imaginam o sistema jurídico como um sistema de derivações. Isto advém de uma crença de que a comunicação se refere a

“coisas”, e não a comportamentos. Deste modo, seria possível captar a “essência jurídica” de determinados institutos jurídicos e quem sabe da lei.

A famosa “subsunção” jurídica seria um exemplo de derivação. Enquanto que Aristóteles postula para o silogismo um caráter de apresentação do conhecimento, o positivismo radicaliza ainda mais a metafísica, trazendo para o raciocínio prático propriedades de derivação e de lógica. Assim, para o positivismo lógico, o silogismo teria caráter de um enunciado que traria uma relação necessária. O caso clássico de silogismo: “todo homem é mortal”; “Sócrates é homem”, “logo, Sócrates é mortal”. O silogismo só funciona se existirem consensos de fundo e decisões práticas; aliás, mantenham-se os consensos de fundo e as decisões práticas, e tira-se o silogismo, e a decisão permanece a mesma, de modo que a noção de silogismo é completamente inútil para o Direito. O silogismo pressupõe, antes, uma escolha acerca do sentido e da validade das premissas, assim como uma ligação entre as premissas.

No caso, todo homem é mortal se se considerar apenas um aspecto da vida biológica. Poder-se-ia considerar que Jesus Cristo é homem, mas não é mortal; ou que existem homens que, devido à sua obra e feitos, são imortais; ou então que os homens são imortais porque deixam um pouco de si para os seus descendentes; ou então que a palavra homem, no caso, abrange mulheres. Por mais que pareça óbvio que homem inclui mulher, e que a morte no caso está se referindo ao fim de um ciclo biológico que inclui auto-estabilização de um sistema basal, é necessário, para se chegar a esta obviedade, uma série de decisões que simplesmente não estão na premissa maior.

A premissa menor é igualmente problemática. Além da questão de ser possível considerar, por exemplo, que Sócrates é imortal devido à sua obra, está-se dando por certa a sua existência física, uma vez que há dúvidas se este filósofo não fora uma criação de Platão. Outros questionamentos poderiam ser levantados – o que importa é a constatação, novamente, de que a premissa

menor também depende de uma série de outras decisões pressupostas para fazer algum sentido.

A conclusão, como não poderia deixar de ser, é fruto de uma decisão (histórica, que se coloca diante de milhares de alternativas), e não de uma necessidade lógica (LUHMANN, 2002). Poder-se-ia perfeitamente construir um silogismo: “todo homem é mortal”; “ora, Sherlock Holmes é homem”; “logo, Sherlock Holmes é mortal”. Ocorre que o silogismo simplesmente não traz a informação de que Sherlock Holmes é um personagem de fantasia e, logo, não pode ser mortal no sentido da premissa maior. E o que impediria: “Todo homem é mortal”; “Sócrates é homem”; “Logo, Sócrates é imortal”. Deste jeito, a conclusão seria contrária à premissa maior, mas estaria correta se partíssemos do pressuposto de que a obra de um homem o torna imortal, uma vez que a premissa maior não é explícita.

Passando-se para o Direito, pode-se imaginar o seguinte silogismo, utilizando-se de norma do Código de Trânsito Brasileiro: “Art. 219. Transitar com o veículo em velocidade inferior à metade da velocidade máxima estabelecida para a via, retardando ou obstruindo o trânsito, a menos que as condições de tráfego e meteorológicas não o permitam, salvo se estiver na faixa da direita: Infração - média; Penalidade – multa”, “Ora, João estava transitando a 7 km/h em uma estrada cuja máxima é de 80 km/h”; “logo, João deve ser multado”.

Em primeiro lugar, neste silogismo, seria necessário antes existir um consenso sobre a validade do CTB e sobre o significado de veículo (abrange bicicletas?). Passando-se por alto deste problema, sempre existem exceções para deixar aberta a norma em certos casos, e as exceções geralmente são formuladas em linguagem vaga. Novamente, vê-se que o raciocínio jurídico usualmente depende de uma série de decisões que nem de longe são alcançadas com a utilização do silogismo. Uma dos fatores mais importantes é a construção da premissa menor. Geralmente os juristas imaginam um fato como a premissa menor. Ora, fatos são difíceis de se interpretar: dependem de sentidos, testemunhas, etc. Novamente, é necessário decidir qual é o sentido

do fato, dando-lhe credibilidade. Além de tudo, a escolha dos fatos observados vai determinar também a premissa maior. Repetindo-se: a premissa maior é escolhida através da premissa menor. Observe-se o mesmo exemplo, com a adição de mais um dado: “Art. 219. [...]”, “Ora, João estava dirigindo um caminhão de som, em uma manifestação pacífica, a 7 km/h em uma estrada cuja máxima é de 80 km/h”; “logo, João deve ser multado”. Aqui foi adicionado o fato de que o motorista estava participando de uma manifestação pacífica. As manifestações pacíficas, como se sabe, são permitidas pela Constituição, inclusive em vias públicas e, evidentemente, podem ser acompanhadas por caminhão de som.

Quando se descreveu o fato de modo diferente, atraiu-se a aplicação de outra norma, e, portanto, outro silogismo: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;”, “Ora, João estava dirigindo um caminhão de som, em uma manifestação pacífica, a 7 km/h em uma estrada cuja máxima é de 80 km/h”; “Logo, João não deve ser importunado”.

Assim, o silogismo muda conforme a premissa menor muda. A maneira como o fato é narrado determina a maneira com o Direito é aplicado. Escolhem-se alguns dados empíricos, e tem-se uma conclusão; escolhem-se outros, e tem outra. Além disso, o fato sempre é avaliado pelo Direito. Assim, para se fazer a conexão com uma outra norma, é necessário antes que a premissa menor seja qualificada como exercício de uma liberdade fundamental ou como infração de trânsito. Da maneira como se escolhe qualificar o fato juridicamente tem-se um ou outro resultado. Isso derruba a ideia de que existiriam fatos “puros”. Assim, um outro silogismo: “Todo aquele que mata alguém deve ser punido, nos termos do Código Penal, exceto se em legítima

defesa”; “ora, João estava em legítima defesa”; “logo, João deve ser absolvido”. A proposição de que João estava em legítima defesa é uma proposição que avalia juridicamente um fato. Para se saber se havia legítima defesa ou não, será necessário conectar o Direito com o fato, para só depois levá-lo ao silogismo. Enfim, de todas as operações, a prescindível é a que veicula o silogismo.

Mas existe ainda a decisão fundamental, que é a ligação da norma à consequência. Veja-se, no caso, não há nenhuma relação necessária entre dirigir em uma manifestação pacífica e a Constituição, ou entre o CTB. O jurista terá de decidir qual norma aplicar ao fato. É precisamente esta a afirmação: no Direito é muito comum (talvez na totalidade dos casos) o jurista ter de escolher qual norma vai aplicar ao fato (HABERMAS, 2001). O jurista tem várias opções de norma aplicáveis ao fato, e escolhe a que lhe parece mais correta. O jurista, enfim, decide historicamente – utiliza da razão prática – e não meramente enuncia uma verdade necessária.

Outro exemplo. É consenso que aquele que é pai deve pagar pensão. Em um caso concreto, poder-se-ia pensar uma série de variáveis como capacidade econômica do pai, da mãe, idade do filho, e por aí, para pôr em dúvida a simplicidade da afirmação. Novamente, simplifique-se os dados e fique-se apenas com a ligação do fato à norma. Por que escolher conectar o fato biológico pai-filho com uma norma que manda pagar pensão? Por que não conectar esta relação com o Direito de propriedade, com a liberdade, com a intimidade, e por aí vai, de modo a se desonerar o pai? É evidente que uma tese neste sentido seria absurda (em termos, por que é trazida naqueles momentos onde é preciso decidir até quando a pensão será paga, ou então no conflito paternidade biológica *versus* afetiva). Mas, mesmo assim, alternativas existem. Assim, sempre há alternativas e possibilidades de conectar um fato com mais de uma norma. No caso em discussão, as demais alternativas são absurdas. Mas são absurdas não por critérios lógicos, mas sim critérios substanciais, isto é, por que é errado pensar que a intimidade é forte o suficiente para olvidar o dever familiar de alimentos. A sintaxe e a semântica,

mesmo em uma situação óbvia como esta, não ajudaram em nada. Esclarecer os sentidos dos termos, mediante recorrência dicionários, ou algo assim, em nenhum momento ajudou na decisão.

É importante trazer aqui o ensinamento habermasiano. O Direito é um meio linguístico cuja função é carregar argumentos produzidos na comunidade. Estes argumentos são de ordem moral, ética e pragmática. Os argumentos são analisados e transformados em jurídicos através do procedimento de criação do Direito. Assim, se alguém tem o dever de pagar alimentos ou de ligar o pisca para fazer uma conversão à esquerda, este dever é jurídico, isto é, advém de uma norma jurídica (HABERMAS, 2002). Assim, faz-se ou deixa-se de fazer uma coisa por causa de uma norma, ou seja, por causa do Direito. Entretanto, só se entende a norma recorrendo-se às suas razões de base, e as razões de base nunca podem ser jurídicas, por que simplesmente o Direito não tem conteúdo próprio, uma vez que é um meio de veiculação das decisões da comunidade (cujas razões são um amálgama de razões morais, éticas e pragmáticas em um procedimento). Assim, deve-se pagar alimentos porque a comunidade decidiu utilizando-se de argumentos morais; o pisca é útil como forma de organização do trânsito, logo é pragmático. Fica explicado por que é tão difícil, a partir do positivismo, achar um argumento “jurídico”: eles simplesmente não existem. A solução positivista ou é um semanticismo ingênuo, tentando descobrir o significado das palavras e fazendo associações lógicas, de modo a se chegar a uma decisão sem examinar os argumentos de base; ou, como a solução primeira nunca é suficiente, delega-se o poder ao juiz para que decida como quiser (discricionariedade). Tudo isto para não admitir o caráter de razão prática do Direito (isto é, uma razão que decide o certo e o errado com base em razões substanciais).

É evidente que na prática dos foros não é assim. Os juristas analisam os argumentos de base. Entretanto, a resposta neurótica da prática comunitária não é revisar sua própria concepção de Direito, mas sim manter defesas para ainda se pensar em critérios puramente jurídicos. Não se pense que a teoria dos princípios é uma superação da mitologia positivista; pelo contrário, é

apenas mais expediente retórico para se manter as fantasias de silogismo nos casos fáceis e a idéia de conteúdos puramente jurídicos. Sobre isto, ver mais adiante as falácias jurídicas.

Algumas vezes, o silogismo é manipulável a partir de meros expedientes retóricos. Assim, veja-se o caso do teto constitucional e o subsídio. Uma vez que no conceito de subsídio estão abarcadas apenas as parcelas remuneratórias, é possível (sintática e semanticamente) transformar qualquer coisa em parcela indenizatória, escapar do conceito de subsídio e, logo, do teto constitucional. Mais adiante serão apresentados os modos retóricos pelos quais isto se torna possível.

O problema não está na filosofia do silogismo, mas sim em sua recepção pelo Direito. O silogismo, neste mundo Carrollniano, teria caráter constitutivo: a resposta estaria “nele”, e não na prática comunitária. A ciência jurídica – na mitologia neopositivista – apenas “enunciaria” a verdade contida no silogismo – verdade que seria necessária. Isto é assim, repita-se, para se mascarar o caráter de decisão do Direito e imaginá-lo como um mundo seguro e controlável de proposições sem nenhuma contradição (LUHMANN, 2004).

Fica fácil de explicar também o desespero dos positivistas quando percebem as insuficiências do silogismo. Uma vez que ele não contém nenhuma informação, a mera colocação das premissas em forma de silogismo não permite que nada seja feito, a não ser que as premissas sejam tão consolidadas a ponto de parecer que não há escolhas. Daí a recorrência do positivismo à idéia de autoridade, ou seja, no limite, Direito é aquilo que uma autoridade tem capacidade de dizer o que é.

3 LINGUAGEM OBJETO E METALINGUAGEM

Segundo Rudolf Carnap, citado por Warat, a linguagem objeto é a linguagem sobre o que se fala, enquanto que a metalinguagem é a linguagem que fala da linguagem-objeto. A metalinguagem, portanto, observa a linguagem

objeto. Constrói-se um outro nível de linguagem e, assim, consegue-se analisar o fenômeno.

Se se imaginar possível a aplicação de alguma lógica aos fenômenos sociais, então a metalinguagem ajudaria na preservação desta lógica. Assim, no exemplo dado por Warat, a frase dita por um cretense “os cretenses sempre mentem” seria uma aporia se se ficasse no nível da linguagem objeto. Entretanto, se se saísse do nível da linguagem-objeto para o da metalinguagem, a lógica poderia se salvar achando-se um lugar para as aporias enquanto um discurso a parte, como pertencente a um campo filosófico específico e peculiar. Assim, a metalinguagem permitiria o controle da linguagem-objeto ao desfazer os paradoxos que se manter no nível da linguagem-objeto provoca. A troca de nível seria a garantia da pureza do discurso científico, uma vez que, ao se abandonar a linguagem-objeto, deixar-se-ia, junto a ela, os elementos impuros do Direito. Com a pureza conseguir-se-ia atingir as demandas neuróticas de segurança, controlabilidade e suportabilidade do *status quo*. Os juristas utilizam deste expediente quando falam, por exemplo, em conflito *aparente* de normas. Na cabeça média dos juristas, em um primeiro nível, realmente é possível que mais de uma norma possa se enlaçar a um fato; entretanto, a partir da ciência, dissolver-se-iam os paradoxos e seria revelada a “verdadeira” norma aplicável ao caso. Ou seja, a metalinguagem resolveu um problema “aparente” da linguagem-objeto (WARAT, 1996).

O discurso doutrinário é, deste modo, a metalinguagem das normas. As normas são a linguagem-objeto diante das quais recai o discurso dogmático. Este abstrai um nível para obter a pureza. Assim, no nível da metalinguagem, apenas descreve-se fenômenos jurídicos ou se atesta eles. Por exemplo, um enunciado sobre a validade de uma lei abstrai toda a complexa prática social de se atribuir sentido, de se aceitá-la, etc., para fazer uma ligação entre norma inferior e superior. Falando de outro modo: é impossível derivar algo de algo dentro do Direito, por que se trata de uma razão prática (GÜNTHER, 2004). Assim, quem decide que o direito decorrente do aluguel é um direito pessoal o

faz a partir de complexo de práticas jurídicas complexas e situadas historicamente; o discurso, entretanto, remete apenas à validade da norma. A ligação entre norma superior e inferior, evidentemente, não está na norma; quem diz que a norma inferior decorre da inferior é a doutrina. Entretanto, com a metalinguagem, torna-se possível fazer esta ligação e, ao mesmo tempo, disfarçar o caráter constitutivo/decisivo do discurso científico para o Direito (da jurisprudência e das crenças sociais também).

A prática jurídica participa da validade do Direito. Entretanto, o discurso científico utiliza a metalinguagem para disfarçar o caráter de decisão da interpretação do Direito. A metalinguagem apenas constataria a validade/invalidade dos dados da linguagem-objeto.

Para Warat, Kelsen coloca a própria norma como metalinguagem de atos do Estado e da sociedade. Assim, a norma seria uma purificação do fato social, transformado em jurídico. O enunciado doutrinário seria a purificação da norma. Os conflitos sociais, as ideologias e os argumentos de base todos vão ficando para trás à medida que se purifica o Direito através de metalinguagens sucessivas. As normas falam da sociedade a partir de uma perspectiva única e possível; os enunciados doutrinários, acerca das normas. Vê-se, portanto, aí uma das razões da pobreza científica no Direito contemporâneo.

Como diz Warat, a doutrina, aqui, consegue fechar o círculo de produção de sentido em volta da figura juiz-legislador. É como se não houvesse cultura, história ou uma pluralidade de atores sociais no processo de significação/produção da norma (WARAT, 1994).

4 DEFINIÇÕES

Se se imaginar o sistema jurídico como um sistema que contém todas as informações para a tomada de decisões em uma quantidade pequena de normas, sem se recorrer a processos sociais e históricos de produção de sentido, é necessário ter-se uma teoria das definições própria, isto é, uma teoria dos conceitos que mantenha o perfil positivista. A “missão” de uma teoria

das definições positivista seria criar categorias científicas que atribuam sentido às normas. Assim, cabe a doutrina apenas “revelar”, através de conceitos, os sentidos que estariam desde já sempre na norma. A norma conteria em si toda a informação necessária para a tomada de uma decisão; a doutrina apenas esclareceria os significados dos termos – termos estes que possuiriam uma pureza jurídica, isto é, seriam termos “jurídicos”, e não morais ou algo assim.

Se a ciência só “revela” sentidos, mantém-se o circuito fechado de norma-decisão judicial. Vários mitos são mantidos desta maneira: o da existência de uma linguagem técnica; de completude do Direito; do caráter enunciativo da doutrina; da não-interferência da doutrina e da sociedade na produção de sentidos, e por aí vai.

É evidente que é uma postura infantil, uma vez que os sentidos no Direito são produzidos, em primeiro lugar, por decisões, e por decisões altamente complexas e que envolvem muitas variáveis e atores. Para se chegar neste nível de ocultação de complexidade, e manter-se os ideais neuróticos de previsibilidade, controlabilidade total, dentre outros, é necessário o uso de diversos expedientes retóricos. Estes expedientes retóricos, a toda vista, causam sérios prejuízos para a seriedade da ciência jurídica.

A teoria das significações positivista adota uma matriz designativa. Através da descrição de elementos comuns, abstrai de fatos e gera um conceito idealmente livre de perspectivas fáticas acidentais, e, portanto, puro. Sua certeza adviria de elementos lógicos, quais sejam, a enunciação dos elementos comuns. Assim, o contrato de compra e venda é caracterizado pelos elementos comuns a todos os contratos de compra e venda, desprezando-se os elementos ocasionais (o que efetivamente foi comprado, as partes, etc.).

Há várias fábulas em volta da teoria dos conceitos positivista:

1) o caráter de mera enunciação dos conceitos: a ciência jurídica não faria parte da construção dos sentidos, apenas enunciaria os sentidos existentes desde-já-sempre na norma, sem constituí-los (WARAT, 1995).

2) o caráter de mero esclarecimento acadêmicos dos conceitos: como não há participação nas decisões, os conceitos são meramente acadêmicos, sem repercussões nos direitos do cidadão.

3) o conceito identificaria o objeto designado: há uma cisão conceito-objeto, sendo que, para se saber o que é algo em Direito, o conceito apresenta-se como suficiente para a identificação do objeto; conhece-se antes o conceito e depois o objeto. A ciência enunciaria o conceito, observando o objeto a partir de métodos científicos. O jurista comum, não cientista, utilizaria o conceito e a partir daí identificaria os objetos.

4) o caráter “jurídico” dos conceitos: muito embora só a norma seja “jurídica” para os positivistas, o conceito também seria “jurídico” porque expresso em uma linguagem pura, ou porque seria uma mera decorrência da norma, isto é, só uma explicitação do que já está contido na norma, ou devido simplesmente a algum dado jusnaturalista – algo que fora desde já sempre jurídico –, como as famosas recorrências a brocardos do Direito romano em sede de Direito e Processo Civil.

5) o caráter estável do conceitos: em princípio, o conceito não pode mudar por que o objeto não pode mudar, uma vez que seria um princípio essencial da ciência a estabilidade das coisas. Se um conceito mudou, é porque ele estava errado, e não que houve evolução social.

6) o caráter de atualidade do conceito: entretanto, nos casos em que a lei muda, ou a “realidade” se modifica, o conceito é modificado. Ele é modificado, entretanto, para meramente “refletir” a realidade social, sem participar desta.

7) o elemento da “precisão” do conceito: os conceitos consagrados conteriam todos os elementos necessários para se identificar o objeto e, se não se alcançou ainda a precisão, este é um ideal desejável e possível.

O ideal de ciência positivista, por óbvio, não permite concatenar posições ideológicas entre seus diversos espaços. Entretanto, é fácil perceber que, sem se aceitar religiosamente os mitos acima, não é possível pensar em sistema jurídico na forma positivista. Se as decisões estão contidas nas

normas, e se uma norma deriva da outra, e se a ciência meramente revela as decisões contidas nas normas e os juristas da práxis meramente as efetivam, então é necessário uma teoria dos conceitos que mantenha toda esta série de crenças. Imaginar, por exemplo, que a ciência jurídica é uma força social que participa da produção do sentido na norma já derrubaria parte do ideário. Daí a força axiomática dos postulados principais da ciência positivista para o Direito e a necessidade de manutenção deles a qualquer custo. O atual movimento “pós-positivista” ou “constitucionalista” ainda comunga de boa parte desta mitologia, de modo que a crítica ainda é atual.

Sobre 1). É evidente que a produção de sentido da norma dá-se socialmente. Não só a noção de signo demonstra – em sua realidade bifásica – que o texto (enquanto significante) não contém nenhuma informação em si mesmo, mas também, como qualquer sentido, é produzido socialmente, através de uma pluralidade de atores. É fácil visualizar: uma norma é produzida e vai aos poucos consolidando seu sentido a partir da participação da doutrina e da jurisprudência. Um sentido é formado através de múltiplas decisões de múltiplos atores. É necessário dizer, também, que a doutrina não ajuda a atribuir sentido à norma apenas a partir de um puro exercício de intelecto de um doutrinador independente. O doutrinador, assim como o juiz, participa de um grupo profissional (LUHMANN, 1996) e de uma sociedade, e interage com esta. Isto significa dizer que, mesmo indiretamente, a produção de sentido sempre será social. Isso se não se pensar em pressões sociais mais diretas, como mobilizações sociais diante dos tribunais superiores para uma ou outra conceituação (células tronco como organismo vivo ou não). Assim, um sentido sempre é formado através de uma multiplicidade de decisões, e de interações sociais. Esta multiplicidade é de difícil visualização e, menos ainda, controle *a priori* ou *a posteriori*, ainda mais imaginando-se a figura de um juiz super-herói, ou, ainda mais neurótico, um doutrinador capaz teorias e critérios capazes de observar e controlar todas as decisões e significações futuras.

Sobre 2). Não só as decisões da doutrina participam da produção do sentido da norma, mas também, é claro, que comportamentos dos agentes

públicos são influenciados por esta mesma produção da norma. Assim, apesar da inexistência de qualquer dado neste sentido na lei e na Constituição, conceituar um tributo como “pessoal” ou “real” vai fazer com que seja possível, ou não, a progressividade. Assim, raramente os conceitos são impunes. Todo aquele que conceitua algo em Direito está decidindo, e está se colocando dentro de uma cadeia de decisões que vai repercutir no Direito do cidadão.

Sobre 3). A ciência jurídica adere ao platonismo. As coisas existem de *per si*, independentemente das práticas sociais. Os conceitos servem de terceira coisa entre o sujeito e a essência. Deste modo, para se apreender a essência, é necessário conhecer o conceito. Apenas a ciência, observando “fontes” como o Direito romano ou grandes juristas, poderia gerar enunciados. O conceito seria verdadeiro, conforme Wittgenstein 1, se fosse um espelho dos fatos (da essência). Aos demais juristas caberia apreender passivamente o conceito. Veja-se, por exemplo, os juristas, quando buscam a “morfologia” dos conceitos, como se eles fossem coisas.

No item 4) vê-se uma anedota no imaginário positivista. De fato, o positivismo quer observar o Direito de modo rigoroso, e, portanto, quer formar uma observação peculiar e pura, logo, jurídica. Entretanto, as decisões só estão contidas nas normas. Trata-se de um caso típico de paradoxo: só as decisões legislativas são jurídicas; entretanto, os enunciados têm de ser puros, logo, “jurídicos”. Esta questão é resolvida pela dogmática tradicional recorrendo-se à noção de linguagem-objeto e metalinguagem. Linguagem-objeto seriam as normas, e estas seriam jurídicas a partir da ideia de que a norma superior diz que quando n deputados levantam a mão aprovando um projeto, este se torna norma. A metalinguagem – a ciência jurídica – seria “jurídica” por que revela a juridicidade da norma. Eis a questão: será suficiente (para a ciência positiva) dizer que qualquer enunciado que se refira a uma norma é “jurídico”? Não era a meta da ciência jurídica buscar enunciados “puros”? Assim, seria necessário que a proposição sobre a norma não mencionasse elementos político-ideológicos-metafísicos. Isso os juristas podem fazer, mas a simples não-menção garante a inexistência destes? Diante

de perguntas inconvenientes, os juristas poderiam ainda dizer que os enunciados incorretos/não-puros não são jurídicos, a partir do surgimento de um enunciado correto. Quem detecta os enunciados incorretos? Não seria necessário uma comunidade? E não seria um caso de aprendizagem/evolução? Enfim, este é um campo efetivamente embaraçoso para o positivismo lógico.

Em 5) aparece a inserção do conceito dentro de um sistema de representação onde o Direito seria uma ordem lógica regida por leis estáveis, ao gosto do positivismo pré-escola de Viena. Se o Direito é uma ordem estável, com leis de derrogação, decisão, etc., bem conhecidas, formalizáveis e controláveis logicamente, então é claro que os conceitos não podem ser flutuantes, devem, isto sim, possuir estabilidade. Deste modo, os erros que a prática jurídica vai apontando nos conceitos existentes não são fruto de uma evolução ou mudança social (LUHMANN, 1983), mas sim a mera substituição de um conceito que não havia atingido a “verdade” por outro que tenha atingido este objetivo.

O ponto 6) trata de uma questão já trabalhada. A matriz positivista trabalha com unifatorialismos. Ou há influência da sociedade/doutrina na ciência, ou tem de ser o contrário; ou simplesmente não é algo digno de se pensar. As interações sociais são complexas demais para serem lidas nesta perspectiva tão simples. É interessante notar que, apesar da fantasia de que o Direito poderia controlar a sociedade, os juristas não se pensam legitimados a pensar a doutrina e a jurisprudência como fontes de decisão acerca do Direito. Outro aspecto relevante é o de que como a ciência positiva imagina a sociedade como tendo alguns conteúdos cambiantes, mas com leis e lógicas cognoscíveis e estabelecidas *a priori*, então somente em casos especiais (ex.: relacionamentos homoafetivos) a ciência jurídica estaria “autorizada” a “reconhecer” processos sociais. Fora destes eventos muito especiais, o Direito seria aquela mesma estrutura cientificamente estruturada desde o Direito romano. Sobre este ponto, a ciência jurídica chega até ser hilária. Por exemplo, introduz-se, em livros de Direito Civil, a necessidade de ler o Código Civil à luz

da Constituição; entretanto, quando se chega no livro referente ao Direito das coisas, há uma larga digressão sobre quem seria o proprietário do álveo abandonado, ou das porções de terra em caso de aluvião e avulsão, sendo que, é sabido, as margens dos rios são públicas, de modo que não há qualquer sentido neste tipo de discussão (mas havia no Direito romano e no Código de Napoleão, e por isto ela persiste até hoje – e os estudantes de Direito pagam por estes livros!!!).

No ponto 7), o positivismo estabeleceu como fábula fundante o caráter “preciso” dos conceitos. Evidentemente, nunca um conceito será preciso, uma vez que ele perderia sua capacidade de enlace (RECK, 2010). Propositamente é necessário que os conceitos sejam vagos e elásticos, para que não seja necessário convencionarem-se novos nomes para cada detalhe nas comunicações que vão aparecendo. É interessante que, na prática dogmática, esta necessidade é atendida. Os doutrinadores sempre recorrem ao caráter “provisório” de seu conceito, como dando desculpas de antemão por não conseguirem atender as exigências de precisão. Precisos e admiráveis seriam aqueles conceitos de juristas de outras eras, como os romanos, Chiovenda ou Pontes de Miranda. Entretanto, estes conceitos raramente se enlaçam facilmente o Direito contemporâneo. Assim, os conceitos modernos são provisórios; os antigos, admiráveis, mas descompassados. Através de pequenos expedientes, tais como exceções e desculpas aceitam-se conceitos que não atendem as exigências de precisão da própria ciência jurídica positivista (WARAT, 1977).

Por outro lado, as vezes certa precisão é tentada, a custa de capacidade de enlace. Assim, ou se criam novos conceitos (desdobramentos) ou surgem correntes de doutrinadores criticando as insuficiências da corrente contrária. O sistema jurídico é interessante neste aspecto: de uma mesma construção social (ex.: administração pública ou tributo) podem surgir diversos conceitos, que coexistem no ordenamento jurídico e que concorrem, sendo utilizados pelos juristas para que tomem decisão. Repita-se: a pluralidade de conceitos sobre algo é importante dentro do Direito porque permite que o Direito resolve

diferentes problemas. O mais curioso é que a pluralidade de conceitos existe em um sistema social que possui uma ciência cujo símbolo é uma adaptação forçada dos princípios da não contradição e da identidade nas ciências duras (ou coisa não poderia ser duas ao mesmo tempo), isto é, a ciência jurídica positivista exigiria, como símbolo, apenas um conceito verdadeiro. Ocorre que o sistema jurídico funciona justamente porque existem diferentes conceitos utilizáveis. O sistema jurídico elaborou sua resposta neurótica com base nas correntes. Assim, o jurista utiliza o conceito A da corrente 1 para resolver o problema x, dizendo que a corrente 2 está errada, etc; outro jurista pode utilizar um conceito B, da corrente 2, para resolver um problema y, e dizer que a corrente 1 está errada. Mantém-se, deste modo, a necessária pluralidade de conceitos, mas também o símbolo de univocidade da ciência positivista.

Assim, para se falar da necessidade de desafetação e impossibilidade de penhora, é interessante conceituar bens públicos como aqueles de titularidade da Administração Pública de Direito Público, enquanto que os bens que não possuem estas características seriam privados (das empresas públicas, por exemplo). Quando se tem de responder um problema relativo à impossibilidade de usucapião, contudo, diz-se bem público todos aqueles pertencentes à qualquer entidade da Administração. Deste modo, o conceito ajuda a resolver problemas diferentes, e vai mudando conforme problemas aparecem. Evidentemente, o conceito sempre poderia ser trabalhado (ex.: inventar que existem bens públicos *latu sensu* e *stritu sensu*), mas é um processo que enfrenta certas dificuldades, dado o platonismo do positivismo (o conceito deveria ter base legal ou em algum grande doutrinador do passado – estes saberiam a ligação do signo com a “realidade”).

Com todos estes recursos, torna-se possível aos juristas decidirem usando os conceitos, mas ainda sim disfarçarem que estão meramente deduzindo.

5 A ESPECIFICIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO

O tema do serviço público é palpitante na doutrina e dos tribunais. Ocorre que, se algo for considerado serviço público, ocorrem certas consequências normativas. Como dito anteriormente, não há definições impunes: definir algo como serviço público/não serviço público implica em repercussões nos direitos do cidadão.

O regime jurídico do serviço público é extremamente vago e variado. O sistema jurídico não conseguiu produzir redundâncias suficientes para produzir uma comunicação sobre serviço público, e, tampouco, seus operadores. Isto é compreensível não só devido às absurdas falhas gnoseológicas do positivismo, mas também devido à polêmica que envolve o serviço público, fortemente marcado que está por concepções ideológicas do que vem a ser justiça e por interesses econômicos.

De fato, é difícil firmar-se um conceito minimamente operacional de serviço público por que ele implica em deveres para as organizações políticas e direitos para o cidadão – e isto implica em custos, procedimentos e, provavelmente, maior tributação. Além disto, serviço público implica em menor margem de manobra para a ação instrumental e estratégica dos atores baseados na lógica lucro/não lucro. Isto por que o serviço público indicaria um regime jurídico que no mínimo teria um pouco mais de direitos para o usuário e maior regulação que a atividade estritamente econômica (RECK, 2010).

No mínimo os serviços públicos são de titularidade do Estado, o qual deve utilizar os instrumentos da concessão ou permissão, se não for o caso de execução direta (salvo os casos constitucionalmente previstos de autorização). A partir daí, existe toda uma polêmica acerca da existência de um delineamento constitucional para o serviço público e a liberdade do legislador ordinário em regulamentá-lo.

Mas mais delicada mesmo é a definição de serviço público. Ocorre que, do fato de a Constituição dizer que os serviços públicos são de titularidade do Estado, não decorre sua definição e especificação.

A incapacidade do positivismo em definir serviço público advém sua abordagem exclusivamente sintático-semântico do Direito. De fato, existem 3

correntes tradicionais de definição de serviço público, e pelo menos mais 5 alternativas. Todas elas buscam ou em uma metafísica platônica, ou deixam à arbitrariedade total do legislador, ou, finalmente, buscam “retirar” do texto algum dado.

A primeira corrente identifica o serviço público com atividade prestada pelo Estado. Ocorre que esta corrente – vinculada à tradição do serviço público – não consegue observar a singularidade das comunicações do Estado. Poder de polícia, políticas públicas, regulação, e por aí vai, são comunicações bem diferenciadas que o serviço público de distribuição de energia e água, por exemplo. Além disto, tradicionais serviços públicos, como saúde e educação, são tradicionalmente prestados no Brasil também por entes não governamentais, em parceria aos entes governamentais.

A segunda corrente buscaria um critério material. O critério material poderia advir de uma “essência de serviço público”, ou de algum texto. Como não é possível o texto constitucional listar serviços públicos, a segunda opção está excluída. Com relação à primeira opção, é falha também por buscar instituições sociais identificáveis *a priori*. É como se uma teoria dissesse como a sociedade deve ser, e não o contrário.

A terceira diz que será serviço público aquilo que tiver regime jurídico de serviço público. Esta teoria é problemática por que pressupõe um regime jurídico de serviço público plenamente identificável, o que não existe. Além disto, potencialmente, nada seria – ou tudo seria – serviço público, uma vez que bastaria ao legislador atribuir ou não a determinada atividade um regime de serviço público. Esta posição se conecta com a quarta posição: o legislador tem ampla liberdade de definição. Muito embora, de fato, seja verdade de que em tempos de democracia deliberativa o processo democrático tem muita importância, isto não significa fazer tabula rasa do texto constitucional. A norma constitucional há de ter algum conteúdo. A absoluta liberdade do legislador neste caso significa falta de enlace com o texto constitucional – o que é inviável na contemporaneidade brasileira.

A quinta teoria seria uma variante da teoria do regime jurídico e da liberdade do legislador. Tudo aquilo que fosse delegável mediante permissão ou concessão seria serviço público. Novamente, bastaria uma palavra do legislador para que algo se tornasse ou deixasse de ser serviço público. Todas as atividades poderiam ser serviço público, ou nenhuma. O que é evidentemente incompatível com o texto constitucional.

A sexta teoria conecta serviços públicos com direitos fundamentais. Seria serviço público aquilo que realiza direitos fundamentais. Apesar de correta, difícil visualizar alguma atividade governamental que não esteja relacionada a direitos fundamentais. Assim, legislar, regular, poder de polícia, e por aí vai, são atividades conectadas a direitos fundamentais. O critério poderia servir pelo menos para a exclusão: atividades claramente supérfluas não seriam serviços públicos. De fato, distribuir/vender roupas seria supérfluo; mas e a distribuição destes mesmos produtos a pessoas carentes? Assim, é necessário mais dados para ajudar a definir serviço público.

A sétima teoria desonera o Direito de definir serviço público. Tal caberia à economia, ou alguma outra teoria. No caso, a teoria econômica é a mais popular. Serviço público não teria “preço”, ou não daria “lucro”; as demais atividades teriam preço ou dariam lucro. Esta posição é simples demais. Não só seria um absurdo pensar que teorias econômicas determinariam as decisões da comunidade, ou que existiria uma “natureza mesma das coisas” em âmbito econômico, mas também a própria posição é simples e dogmática demais para a própria economia. Tudo pode ter preço e tudo pode dar lucro, dependendo da forma como é organizada a atividade. Quem tem a responsabilidade de colocar limites (morais, éticos e pragmáticos) é, precisamente o Direito. O Direito tem a responsabilidade de, a partir da política, carregar decisões da política, e colocar limites ao preço. Problemas de saúde poderiam gerar muito lucro para empresas, mas é moralmente inviável. Quem tem de decidir isto é o Direito.

Finalmente, a última teoria relaciona competência com serviços públicos. Apesar de ser a mais promissora, ainda sim imagina ser possível “retirar”

comunicações do texto constitucional, e não enlaçar operações. Ainda não observa de modo complexo as relações que existe entre Constituição, tradição dogmática, aspirações democráticas, processo democrático, teorias da justiça, direito fundamentas e por aí vai. O positivismo não aceita o pensamento em rede. De todo modo, os serviços públicos seriam aqueles serviços indicados na Constituição como competência para os entes federativos. Esta posição é problemática, por que certos serviços atribuídos como competência são tradicionalmente observados como atividade econômica. Por outro lado, inviável pensar que a lista de competências atribuídas pela Constituição a um ente é exaustiva: tal implicaria em paralisação das atividades estatais, dada já uma certa idade da Constituição Federal. Finalmente, a pá de cal à esta linha de argumentação está na forma de distribuição das competências na Constituição Brasileira: os Estados-membros possuem competência “residual” e o Município “suplementar” e “local”. Tanto em um quanto em outro caso, há demais abertura comunicativa: tudo pode – ou nada pode – ser serviço público. Não só as palavras “suplementar” e “local” são por demais vagas, mas também se aos Estados-membros cabe fazer tudo que não cabe à União e aos Municípios, então potencialmente tudo poderia ser serviço público, por que tudo poderia aquilo que não cabe à União e aos Municípios.

6 CONCLUSÃO

Este artigo é uma aplicação de uma perspectiva pragmática e crítica em face da mitologia dos silogismos e das definições do Direito. O problema que orientava as presentes reflexões girava em torno da capacidade de observação do conceito de serviço público a partir de categorias típicas do positivismo como o silogismo. A hipótese girava em torno da incapacidade do positivismo para tanto.

Entre o referencial de base, encontra-se a semiologia de Luis Alberto Warat. A semiologia de Luis Alberto Warat, combinada com os demais reflexões advindas da matriz pragmático-sistêmica (Habermas e Luhmann)

permitiu a confirmação da hipótese de que o positivismo é incapaz de produzir comunicações com enlace para ação.

7 REFERÊNCIAS

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. **Justification and Application: Remarks on Discourse Ethics**. Cambridge: Mit press, 2001.

LUHMANN, Niklas. **A Restituição do Décimo Segundo Camelo: do Sentido de uma Análise Sociológica do Direito**.

LOPES JÚNIOR, Dalmir; ARNAUD, André-Jean (Orgs.). **Niklas Luhmann: do Sistema Social à Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

_____. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002.

_____. **La ciencia de la sociedad**. Barcelona: Anthropos, 1996.

_____. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

RECK, J. R. . Introdução à Problemática do Conceito de Serviço Público: Uma Observação Pragmático-Sistêmica. In: Jorge Renato dos Reis; Rogério Gesta Leal. (Org.). **Direitos Sociais & Políticas Públicas: Desafios Contemporâneos** Tomo 10. 1 ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010, v. 10, p. 2945-3353.

WARAT, Luis Alberto. **A Definição Jurídica: suas técnicas**. Porto Alegre: Atrium, 1977.

_____. **Introdução Geral ao Direito – vol I**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

_____. **Introdução Geral ao Direito – vol II**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

_____. **O direito e sua linguagem, 2a versão**. 2a ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

Recebido para publicação: 28/03/2012

Aceito para publicação: 09/08/2012